

La legitimidad del estudio teórico, sistemático y práctico de la fundamentación de los Derechos Humanos

The legitimacy of the theoretical, systematic and practical study of Human Rights foundation

Jesús Lima Torrado*

Resumen:

Lo que se propone este trabajo es, en primer lugar, enunciar las preguntas esenciales que plantea la fundamentación de los derechos humanos. En segundo lugar, responderemos al problema de la legitimidad teórica, sistemática y práctica de la fundamentación de los derechos humanos. Se concluye con la idea de la necesidad de fundamentar los derechos desde la Ética, la Filosofía del Derecho, la Ciencia Jurídica y las Ciencias sobre el Derecho como instrumento de consolidar la necesaria unión entre teoría y praxis y, consiguientemente, como instrumento de garantía de los derechos.

Abstract:

What this study proposes is, first, to state the essential questions the foundation of human rights. Secondly, we will answer to the problem of the theoretical, systematic and practical relevance of the foundation of human rights. It concludes with the idea of the need to base the rights from the ethics, philosophy of law, legal science and Sciences on the law as an instrument to consolidate the necessary link between theory and praxis and consequently as an instrument of guarantee rights.

Palabras clave:

Fundamento de los derechos humanos - Dignidad humana - No-persona - Teoría Crítica - Praxis - Estado de Derecho - Estado totalitario

Keywords:

Foundation of human rights - Human dignity - No-person - Critical theory - Praxis - Constitutional State - Totalitarian State

Sumario:

1. Breve introducción metodológica - 2. Las preguntas esenciales sobre la fundamentación de los derechos humanos - 3. Objetivos perseguidos - 4. Crítica de las tesis impugnadoras de la relevancia práctica del fundamento de los derechos humanos: el pensamiento de Bobbio - 5. Crítica de las tesis impugnadoras de la existencia del fundamento de los derechos humanos - 6. Crítica de las tesis negadoras del núcleo esencial del fundamento de los derechos humanos - 7. Conclusión final. 8. Bibliografía

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad Complutense de Madrid, Director del Área de Derechos Humanos del Instituto Complutense de Estudios Jurídicos Críticos (ICEJC), director, miembro del comité científico y ponente en varios congresos y seminarios internacionales sobre derechos humanos, director de tesis doctorales y de proyectos de investigación, profesor de diversos cursos de grado y postgrado en Europa y América Latina, miembro y ex director del *Grupo de Investigación Complutense Globalización y Pensamiento Jurídico Crítico*, ha pronunciado múltiples conferencias y es autor de más de ciento cincuenta publicaciones. Contacto: jlima@der.ucm.es

1. Breve introducción metodológica

*La dignidad humana
está en vuestras manos.
Protegedla
C.F. Schiller*

La interdisciplinariedad, la utilización de la lógica dialéctica y la crítica de las ideologías, forman parte de los presupuestos epistemológicos y metodológicos de una teoría crítica de los derechos, como es la que aquí se defiende. Tiene especial importancia el análisis y desenmascaramiento de las ideologías sistemáticas y la denuncia de las formas de irracionalidad jurídica existentes en los diversos sistemas jurídicos y en las formulaciones doctrinales referentes a los mismos.

2. Las preguntas esenciales sobre la fundamentación de los derechos humanos

Sobre los presupuestos antes mencionados se pueden plantear, al menos, treinta preguntas esenciales en torno al fundamento de los derechos humanos: 1º ¿Qué se entiende por fundamento? 2º ¿Qué se entiende por fundamento de los derechos humanos? 3º ¿Cuál es el fundamento de los derechos? 4º ¿Qué características tiene el fundamento de los derechos? 5º ¿De qué manera influye la globalización, en cuanto que contexto social actual, en la fundamentación de los derechos? 6º ¿Cuáles son los ámbitos de fundamentación de los derechos? 7º ¿Qué disciplinas de las ciencias sociales están afectadas por el estudio del fundamento de los derechos? 8º ¿Qué valor doctrinal y práctico puede tener la distinción entre un fundamento último y un fundamento inmediato de los derechos? 9º ¿Ante el problema del fundamento debe mantenerse una posición monista o pluralista? 10º ¿Existe un fundamento de los derechos que tenga las características de ser absoluto y universal? 11º ¿Cuál es la relevancia teórica y práctica de la fundamentación de los derechos? 12º ¿Cuál es el concepto de dignidad humana entendida como fundamento de los derechos humanos? 13º ¿Cuál es su naturaleza? 14º ¿Es un valor, es un principio o es un mero argumento ideológico? 15º ¿Cuáles son las causas que explican la ambigüedad del concepto de dignidad humana? 16º ¿Es esa ambigüedad un obstáculo para el reconocimiento social efectivo de los derechos humanos? 17º ¿Cuáles son sus características fundamentales? 18º ¿Cómo se explica, históricamente, la expansividad de la dignidad humana? 19º ¿A partir de qué momento y por qué razones se empieza a manifestar la dignidad como fundamento de los derechos en las normas de Derecho Internacional? 20º ¿Su reconocimiento normativo actual en los sistemas de Estado de Derecho es consecuencia de que nunca antes había sido tan amenazada o hay otras razones que lo explican? 21º ¿Acaso es la ética de Kant la base más sólida y segura para fundamentar actualmente los derechos humanos sobre la base de la dignidad humana? 22º ¿Cuáles son los problemas que plantea la dignidad en el ámbito jurídico constitucional? 23º ¿Cómo se manifiesta la dignidad en las sentencias de la jurisprudencia constitucional de los países constituidos en forma de Estado de Derecho? 24º ¿Qué papel juega la dignidad en el concepto y estructura del Estado de Derecho en cuanto que elemento legitimador de los derechos fundamentales? 25º ¿Cómo se manifiesta la dignidad en la jurisprudencia del derecho Internacional de los derechos humanos? 26º

1 Jesús Lima Torrado, *Globalización y derechos humanos*, Anuario de Filosofía del Derecho t. 17 (Nueva época 2000), pp. 43 y ss. Vid. También del mismo autor "La globalización como determinante de la crisis actual de las garantías de los derechos humanos"; A distancia, Universidad Nacional de Educación a Distancia v. 19, no. 2 (Invierno 2001/2002), 22 y ss. "Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia sobre el sistema de derechos humanos. In: Zapatero, V. (Ed.). Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002. v. 1. 573 y ss.

2 Robert Spaemann, "Sobre el concepto de dignidad humana"; *Persona y Derecho*, 1998, núm. 19, pp. 16 - ss.

3 La opinión dominante en la doctrina afirma que el fundamento último de los derechos humanos radica en la dignidad humana y que esa fundamentación tiene raíz kantiana. Vid. Jesús Lima Torrado "¿Es Kant precursor de la doctrina actual de los derechos humanos? Aufklärung versus Illuminismo giuridico", *Estudos de Direito e Filosofia*, 2015 Eds. Luiz Fernando Coelho, Fabio da Silva Bozza, Jesús Lima Torrado, (Curitiba: Instituto Memoria), 101 y ss.

4 Vid. F. Fernández Segado, coord., *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público* (Madrid: Dykinson, 2008).

¿Es la dignidad un valor universal o tan sólo universalizable? 27º ¿La fundamentación de los derechos humanos está constituida por una jerarquía de valores? 28º ¿Cuáles son los valores fundadores de los derechos? 29º En el supuesto de que exista esa jerarquía ¿cuál sería la vinculación existente entre los mismos? 30º ¿Los valores en que se fundamentan los derechos humanos son sólo valores éticos o, además, valores jurídicos?

3. Objetivos perseguidos

El objetivo del presente trabajo no es tratar de responder a todas las cuestiones planteadas. Su finalidad es mucho más limitada. Se trata tan sólo de dar respuesta, de forma sincrética, al problema de la legitimidad - teórica y práctica - de la fundamentación de los derechos humanos, problema ineludible que ha sido analizado y debatido por el pensamiento jurídico y político durante los últimos cincuenta años.

A partir de la hipótesis de la posibilidad y conveniencia de fundamentar los derechos humanos se hará una exposición y crítica de aquellos argumentos que la niegan y se añadirán los argumentos que permiten confirmarla. Finalmente, se buscará mostrar la existencia de la unidad esencial entre la teoría y la práctica a la hora de estudiar el fundamento de los derechos humanos. Se comprobará desde distintos enfoques y argumentos que el problema del fundamento de los derechos afecta a situaciones prácticas, reales, que en el momento actual vienen desencadenadas o propiciadas o, en cualquier caso, contextualizadas por los procesos de globalización y que no resulta factible garantizar los derechos humanos si no se comprende y asume su fundamento.

4. Crítica de las tesis impugnadoras de la relevancia práctica del fundamento de los derechos humanos: el pensamiento de Bobbio

Cada ser humano trae consigo la forma entera de
la condición humana.
Montaigne

Conviene comenzar la crítica de las tesis que impugnan la legitimidad del estudio de la fundamentación de los derechos con la crítica al pensamiento de Norberto Bobbio. Son numerosos los autores que cuando analizan esa cuestión toman como referencia uno de sus argumentos más difundidos y criticados. Me estoy refiriendo a la tesis de la impugnación de la legitimidad del fundamento de los derechos humanos como problema esencial en la práctica jurídica. A lo largo de la larga trayectoria de su pensamiento, el profesor turinés defendió, en diversos trabajos, la idea de que "...el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificarlos como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político⁵. Su primer planteamiento tiene lugar en el año 1964, cuando pronuncia una conferencia en el *Institut International de Philosophie* con el rótulo "La fundamentación de los Derechos Humanos"⁶. Años más tarde vuelve a recalcar este punto de vista: "... tuve ocasión de decir en un tono algo perentorio... que el problema grave de nuestro tiempo respecto a los derechos humanos no era el de fundamentarlos, sino el de protegerlos. Desde entonces no he tenido razón alguna para cambiar de idea⁷. Argumento que luego es reiterado, en el año 1990, cuando publica el libro *L'età dei diritti* en la editorial Einaudi de Turin.

En el planteamiento de Bobbio hay una parte de verdad y varios elementos conceptuales erróneos.

La parte de verdad radica en la reafirmación de la necesidad actual de alcanzar instrumentos adecuados que permitan la eficacia social efectiva de los derechos humanos, en la urgencia

5 Norberto Bobbio, 1991. Sobre el fundamento de los derechos del hombre. En *El tiempo de los derechos* - Traducción de Rafael de Asís Roig, 61. Madrid: Sistema. Traducción de Rafael de Asís Roig.

6 Vid. AA.VV. 1966. *Le fondement des droits de l'homme* Firenze, La nuova Italia.

7 Norberto Bobbio, 1992. Sobre el fundamento de los derechos del hombre. En *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona.

de las garantías de los derechos, tanto institucionales como no institucionales. En este aspecto no hay conflicto doctrinal entre escuelas porque, en la actualidad, existe un acuerdo unánime en la doctrina acerca de la necesidad de que los derechos humanos alcancen una eficacia social efectiva.

El primer error consiste en que formula mal la exigencia de efectividad de los derechos, relegando la cuestión de la fundamentación a una cuestión meramente filosófica y secundaria. En realidad, cuando se aborda la cuestión de la "dignidad humana", los problemas claves a resolver no son diferentes de los que presentan otros principios y normas éticos, a saber: es necesario resolver, por un lado, el problema de la fundamentación de su *validez*, y, por otro lado, las cuestiones vinculadas con las condiciones de aplicación *situacional e histórica*⁸. Por eso Bobbio debería haber formulado su frase en los siguientes términos: El principal problema práctico de los derechos humanos no es el de su fundamentación, sino el de su realización; pero el principal problema teórico de los derechos humanos no es el de su realización, sino el de su fundamentación⁹.

El segundo error radica en que no formula correctamente la relación entre teoría y praxis, en que separa el plano de la fundamentación de los derechos y de su reconocimiento formal normativo del plano de las efectivas garantías. La realidad es que fundamentación y garantía son dos conceptos esencialmente unidos. Es más, puede decirse que no existe una verdadera protección de aquellos si, previamente, no se afirma la exigencia de asignar al hombre, al ser humano, a todo ser humano, aquellas garantías que por su naturaleza le corresponden. Lo cual se puede constatar a través de los siguientes argumentos:

- a) Una de las características básicas de las declaraciones constitucionales e internacionales de derechos humanos de los últimos setenta años es la tendencia a subrayar la trascendencia de las garantías de los derechos y a establecer medios para conseguirla. Pues bien, junto a ese dato y en estrecha unión con él se encuentra la constante afirmación - en esos textos - de la dignidad de la persona como fundamento de los derechos. Así, por ejemplo, se afirma, en el artículo 2º de la *Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sesión de 9 de Diciembre de 1975, que "*Todo acto de tortura o trato cruel o pena degradante, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los Derechos Humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos*"¹⁰.
- b) Existe un número muy elevado de autores que tanto en el ámbito de la Filosofía del Derecho como en el de la Ciencia jurídica y en el de las Ciencias sobre el Derecho que defendiendo una posición personalista subrayan la importancia e incluso la necesidad de la fundamentación. Ponen como eje central de sus planteamientos la dignidad humana en cuanto que fundamento de los derechos humanos y de sus correlativas garantías. Con razón se ha señalado por Madiot que "en medio de los debates acerca del fundamento de los Derechos Humanos está en juego nada menos que la libertad humana y sus garantías"¹¹.
- c) La dimensión práctica -o de garantía- del fundamento de los Derechos Humanos se hace especialmente notoria en la especificación jurídico-política del mismo. La

8 Michelini Dorando J. "Dignidad humana en Kant y Habermas", *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, volumen 12. Nº 1. (Mendoza, Junio 2010). Disponible en Internet: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902010000100003.

9 Este enunciado no coincide, aunque se aproxima mucho al formulado por el profesor Gregorio Robles, en quien se inspira. Vid. Su estudio Necesidad de fundamentar los derechos humanos. En *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, 11, Madrid: Civitas.

10 J.M Hervada J Zumaquero, *Textos Internacionales de Derechos Humanos* (Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra, 1978) 660.

11 Y. Madiot, *Droits de l'homme et libertés publiques*. (Paris: Masson, 1976), 21.

dignidad de la persona humana aparece como fin esencial de los Estados organizados en forma de Estado de Derecho. Así, por ejemplo, Franz Wieacker define el Estado de Derecho como aquel en que el Derecho y el procedimiento jurídico están basados en la atención de la dignidad humana, de la libertad personal y de la igualdad de derechos de los ciudadanos o de los hombres¹².

Los Estados totalitarios, por el contrario, suponen la negación radical de la dignidad de la persona humana. Rocco, uno de los principales teóricos del fascismo, afirmaba: *"El individuo no puede, según la concepción fascista, ser considerado como el fin de la sociedad, es solamente el medio. Toda la vida de la sociedad consiste en hacer del individuo el instrumento de sus fines sociales... De donde se extrae esta consecuencia: que para el fascismo, el problema fundamental no es el de los derechos del individuo o de las clases, sino solamente el problema del derecho del Estado del cual se hace depender el deber del individuo"*¹³.

- d) Si los ciudadanos no saben dar un fundamento sólido a los derechos no estarán dispuestos a vivenciarlos y a garantizarlos. Entonces, podemos preguntarnos ¿por qué se quiere fundamentar los derechos? Por dos razones fundamentales de carácter moral: en primer lugar porque se está convencido de la bondad moral de los valores y porque se piensa que su implantación hará mejorar la conducta de los hombres y mejorar la justicia en la sociedad¹⁴. Por eso se propugna garantizarlos¹⁵. Justamente, el planteamiento inverso al formulado por Bobbio.
- e) Se justifica además, la fundamentación de los derechos por la necesidad de realizar una crítica anti-ideológica y de superación de aquellos argumentos que niegan la fundamentación de los derechos merced a negar su núcleo esencial; esto es, la dignidad humana. Todo régimen busca crear leyes para amparar y dar tono de rigor a sus aberraciones. Y junto a ello plantea argumentaciones ideológicas que, a su vez, vienen a legitimar sus leyes y sus decisiones de gobierno. No se trata de una argumentación legitimadora y sí de una justificación ideológica. Por eso, dentro de la línea de pensamiento humanista o personalista existe una evidente aversión a la degradación del valor de la persona y la necesidad de trazar unas pautas de comportamientos que respetan la dignidad del otro¹⁶.
- f) Por otra parte, la fundamentación forma parte de la estructura de los derechos humanos, junto con el concepto, el sujeto, el objeto, el contenido y las garantías. Si se quiere dar una idea orgánica, estructural y sistémica de los derechos no tendremos más remedio que considerar que todos y cada uno de los derechos forman parte de esa estructura unitaria. Lo contrario, como es, por ejemplo, separar las garantías de la fundamentación, nos lleva a una visión sesgada, mutilada, incompleta y errónea de los derechos y lo que es aún peor, a una visión, en la práctica, consentidora de la violación de los derechos.
- g) Otra razón es la formulada por el profesor Robles en razón de que los derechos humanos están transidos de un contenido axiológico que delimita su contenido y alcance: *"El problema del fundamento no es algo extrínseco y sin consecuencias para la delimitación de los contenidos axiológicos concretos de los derechos. Antes al contrario, el fundamento delimita materialmente el contenidos de éstos, puesto que los penetra"*¹⁷.

12 F. Wieacker, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. (Madrid: Aguilar, 1957), 445.

13 Rocco, "La crisis del Estado: la solución fascista", en *Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes*, coord. M. TORRELLI, y R. BAUDOIN: (Presse de l'Université du Québec, 1972), XVII.

14 Gregorio Robles, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, 12.

15 Ives Granda Martins Filho, "Os fundamentos filosóficos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: fundamentar como condição para garantir", *Doutrina Rev. TST, Brasília, Vol. 75, Nº 1*, (Enero-Marzo 2009). Disponible en Internet: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/6570/002_martinsfilho.pdf?sequence=5

16 Antonio Pelè "Una aproximación al concepto de dignidad humana", *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 1, (diciembre-enero 2004): 9 y ss.

17 Gregorio Robles, *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, 13.

- h) La fundamentación está especialmente unida a las garantías desde el punto de vista no sólo ético, sino también desde el estrictamente jurídico-normativo. Esto es evidente en el ámbito del Derecho constitucional. El proceso comienza desde el momento en que el artículo 151.1. de la Constitución Alemana del Reich, de 1919 supone el paso de la validez de las ideas teológico-filosóficas sobre la dignidad a la obligatoriedad jurídica del precepto relativo a la dignidad del hombre y a su interpretación y, por tanto a su debate jurídico doctrinal y jurisprudencial¹⁸. El proceso culmina en la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 1.1. consolida ese reconocimiento estableciendo que *“la dignidad del hombre es inviolable. Respetarla y protegerla constituye una obligación de todo poder del Estado”*. Del mismo modo se manifiestan otras Constituciones, como, por ejemplo, la portuguesa, la italiana, la griega, la húngara, la rusa... Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, titula su Capítulo I *“Dignidad”* y sostiene, con evidente influencia de la Ley Fundamental de Bonn que *“La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”*. En definitiva, podría afirmarse que, en la actualidad, la dignidad humana se configura como una especie de *“conciencia jurídica”* global.
- i) Además, es evidente la estrecha conexión entre fundamentación y garantías si se tiene en cuenta que la interpretación de las normas reguladoras de los derechos humanos y de sus correlativas garantías debe hacer desde las normas constitucionales, incluyendo obviamente a la dignidad humana y a los demás valores en cuanto que fundamentadores de los derechos.
- j) Otra razón viene determinada por la necesidad de culminar el proceso de legitimación de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Si los derechos humanos se legitiman en función de su fundamento habrá que preguntarse por el fundamento del fundamento. Esto es, habrá que plantearse cuál es el concepto, naturaleza y funciones del fundamento de los derechos y preguntar si todos esos elementos son base suficiente para afirmar la existencia práctica de los derechos humanos.
- k) Otro argumento radica en la importancia de la materia que es preciso fundamentar desde una perspectiva ética. La dignidad de la persona humana, aceptada por la opinión dominante en la doctrina y por los sistemas constituidos en forma de Estado de Derecho como fundamento de los derechos humanos, se ha convertido, en las últimas décadas, en uno de los grandes consensos éticos del mundo occidental. En el ámbito teórico, pocas ideas se pueden equiparar a ella, por su capacidad de seducir el espíritu y ganar adhesión unánime. En el ámbito práctico es mencionada, como ya se ha indicado, en innumerables documentos internacionales, en constituciones, en leyes ordinarias y en decisiones judiciales, especialmente por aquellas sentencias que emanan de tribunales constitucionales¹⁹.
- l) Es evidente, en el mundo del Derecho, que a pesar de que los valores, los principios y las normas jurídicas son categorías distintas en el plano teórico, están íntimamente relacionados y no se diferencian de manera relevante, desde la perspectiva teleológica, en el ámbito de la praxis, donde se reconoce la necesaria conexión entre los planos axiológico y deontológico, entre lo ético y lo normativo²⁰. En consecuencia, la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, *de y desde* la Constitución, debe tener en cuenta esa conexión.
- m) Otro argumento está vinculado a la idea de la obligatoriedad jurídica. Si los textos constitucionales proclaman, reconocen y garantizan esos derechos como *fundamentales se hace preciso que los ciudadanos y los poderes del Estado entiendan por*

¹⁸ Peter Häberle *“La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal”*, en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho Público*, coord. Francisco Segado. (Madrid: Dykinson, 2008), 200.

¹⁹ Luis Roberto Barroso, *“A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público”*, *Mimeografado* (dezembro de 2010): 3.

²⁰ Luis Roberto Barroso, *“A Dignidade (...)”*, 10.

*qué deben respetarlos. Por eso entendemos que el fundamento de este valor (la dignidad humana) encarna un absoluto y aunque sea impreciso en el ámbito teórico no por ello debe ser incierto en la práctica*²¹.

- n) Otra idea a favor de la unión entre teoría y praxis está vinculado a la necesidad de superar las violaciones de los derechos y de las tesis negativas de la fundamentación de los derechos y de sus correlativas garantías que, de alguna forma actúan como criterios justificadoras de aquellas.

5. Crítica de las tesis impugnadoras de la existencia del fundamento de los derechos humanos

Como gran parte de la actual cultura jurídica occidental está construida sobre una consideración ambigua del significado de la dignidad humana algunos autores han afirmado que nos encontramos ante una noción vacía de contenido o, al menos, con poca operatividad en el campo jurídico²².

Otros autores tachan de “vacío” el problema del fundamento porque se sienten incapaces de descifrar su complejidad. Incluso hay autores que hablan de la inutilidad del concepto de la dignidad como fundamento de los derechos en razón de su plasticidad y ambigüedad. Otros indican los riesgos de la utilización de la dignidad en nombre de una moral religiosa o paternalista²³.

Frente a estas posturas, otros entienden que el principio de dignidad humana no es, en absoluto, un concepto vacío a pesar de que, en la actualidad, se recurra, frecuentemente, a ese término desde parámetros exclusivamente retóricos, ideológicos, utilitaristas o políticos.

Consideramos que la cuestión de fondo en esta perspectiva es si existe una cualidad *real* en el ser humano que requiera un término lingüístico para ser designada como fundamento de los derechos. Dicho término puede ser el de dignidad o cualquier otro; pero si existe tal realidad, no podemos prescindir de él. Por el contrario, entiendo que si el concepto de dignidad es ambiguo, lo más adecuado no es prescindir del mismo, sino, por el contrario, continuar profundizando en su significado y en sus consecuencias prácticas. Precisamente, cuando se comprende que de la dignidad humana, y de su defensa, depende, en gran medida, el destino mismo del hombre, se puede vislumbrar la importancia de tener siempre viva y activa la reflexión en torno a la misma²⁴.

6. Crítica de las tesis negadoras del núcleo esencial del fundamento de los derechos humanos. El concepto de no-persona

En los últimos años se constata el progresivo deterioro de las garantías de los derechos humanos que va en paralelo al también progresivo desarrollo de planeamientos doctrinales, de carácter nihilista y anti-humanista y que se concretan en nuevas formas de Estado, los estados llamados *globalitarios*; es decir, aquellos Estados que manteniendo la estructura formal del Estado de Derecho sustentan desarrollos normativos e, incluso jurisprudenciales, contrarios al mismo. Paralelamente, en la doctrina actual se va abriendo paso, de forma constante, un peligroso proceso de involución en la teoría de las garantías de los derechos fundamentales, que está directamente vinculada y pseudo-legitimada en virtud de la negación del fundamento de los derechos.

21 Antonio Pelè; “Una aproximación al concepto de dignidad humana, 9 - ss.

22 Vid. J. González Pérez, *La dignidad de la persona* (Madrid: Civitas, 1986), 19 - 20; T. Melendo, y L. Millán-Puelles., *Dignidad: ¿una palabra vacía?* (Pamplona: Eunsa, 1996); García A.M. Cuadrado, “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”, en *Persona y Derecho*, 456 ss.; Von Münch; “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 5, 1982, 9-33.

23 Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana* (...), 9.

24 Angela Aparisi Miralles, “El Principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 2013, 2º, 21.

Nos vamos a centrar, exclusivamente, en una de sus manifestaciones más representativas. Se trata de una doctrina que está alcanzando un enorme impacto doctrinal y que como dice Kai Ambos “está levantando olas muy altas”. Me estoy refiriendo a la teoría del *Derecho penal del enemigo*, sustentada por Jakobs y sus discípulos y cuya tesis central es el concepto de *no-persona*²⁵.

La negación del concepto de persona no implica sólo la negación del concepto de persona en sentido jurídico, en sentido normativo. También implica la negación del concepto de persona en sentido antropológico. Así sucede cuando llega a negar la condición humana a un grupo de personas consideradas como “enemigas”. Es decir, la negación de la condición de juridicidad permite pseudo-justificar, sin explicación racional alguna, por qué la negación de una condición de ciudadanía a los excluidos, permite negar al sujeto social, como subsistema psicofísico, la condición de humanidad, de dignidad. Y esa misma posición irracionalista y totalitaria, es la defendida por sus discípulos.

Como he señalado en otro trabajo, en el conjunto de la obra de Jakobs, de corte normativista y funcionalista, y en la sustentación de un pesimismo antropológico, que tiene clara influencia de Hobbes, existe un ataque constante y radical al fundamento de los derechos y, en consecuencia, al sistema de derechos humanos en su totalidad, incluidas, en consecuencia, las garantías de los mismos. El mayor peligro del pensamiento de Jakobs y de sus numerosos seguidores reside, sobre todo, en que su doctrina acerca del concepto de no-persona actúa como elemento justificador de la suspensión -o lo que es peor- la negación de las garantías de los derechos. Al negar el concepto de persona se niega el fundamento de los derechos y al negar el fundamento se niegan los derechos, y, a su vez, al negar los derechos, lógicamente, se niegan las garantías: no hay nada que garantizar si no hay sujeto de derechos ni, por tanto los mismos derechos. Y esto, además, implica abrir la puerta a la razón de Estado, a la quiebra del Estado de Derecho y al terrorismo de Estado²⁶.

La negación del fundamento de los derechos también demuestra, por tanto, -aunque de forma negativa- esa esencial unión existente entre fundamento y garantías. Si se niega el fundamento de un derecho se abre la puerta a violación del mismo. Incluso, cuando en la práctica se produce una violación de derechos se está negando, al mismo tiempo, y precisamente como consecuencia de esa violación, la dignidad personal de su sujeto titular y se utiliza ideológicamente esa negación para justificar la violación.

Todo lo cual supone retrotraer a épocas históricas muy remotas, la problemática de las garantías de los derechos, echando por tierra siglos de lucha. Por eso se ha podido afirmar que el pensamiento de Jakobs supone la vuelta a instituciones ya desaparecidas y que pertenecen a la Historia del Derecho, como el ostracismo, la *hostis iudicatio* y la figura medieval del derecho germánico de la *Friedlosigkeit*, la pérdida de la paz. Es la vuelta también a las figuras medievales de los “inútiles del mundo” o los “hijos de Caín”²⁷.

En definitiva, como crítica global a su teoría, se puede afirmar que Jakobs utiliza conceptos como “no-persona” y “enemigo”, que son ficticios, vacuos, carentes de significado científico, pero de evidente carga ideológica, que implican la negación del sistema de derechos humanos, o incluso la negación misma del Derecho, que permiten conceder justificación teórica a regímenes injustos, que puede servir -como está de hecho sirviendo- de base teórica o fundamentación de un Derecho Penal de corte autoritario y que constituye una forma ideológica del nuevo Estado totalitario, aunque, como ya se ha dicho, con apariencia formal, de un Estado de Derecho.

25 Algunos de los comentaristas de Jakobs, como Silva o Schünemann, entre otros, parecen querer relativizar la gravedad social, jurídica y política del concepto de *no-persona*.

26 Jesús Lima Torrado, “El pseudo-concepto de no-persona: de la negación del fundamento de los derechos humanos a la justificación de la negación de las garantías”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNIPAR*, Vol. 12, Nº 2, (Julio-Dic. 2009): 377 - ss.

27 Sobre los conceptos medievales de los “inútiles del mundo” y los “hijos de Caín” Vid. Luis Fernaso Sgarbossa “Inúteis ao mundo: o pauperismo, os indivíduos sobrenumerários e a gestão da miséria até o século XIX”. *Semina: Ciências Sociais e Humanas*, Londrina, v. 36, n. 2, 3-16, (jul./dez. 2015): 4 - ss.

7. Conclusión final

En virtud de los argumentos que hemos expuesto anteriormente podemos llegar a la conclusión de que la fundamentación de los derechos humanos no es un mero ejercicio intelectual, sino una necesidad tanto teórica como práctica, aunque con las dificultades derivadas de las barreras epistemológicas²⁸.

8. Bibliografía

AA.VV. 1996. *Le fondement des droits de l'homme*. Firenze: La nuova Italia.

Andorno Roberto L. 2001. The paradoxical notion of human dignity. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. 2: 151 - 168.

Aparisi Miralles, Ángela. 2013. El Principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global. *Cuadernos de Bioética*, XXIV, 2º: 5 - ss.

Bobbio, Norberto. 1991. "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *El tiempo de los derechos*, (Traducción de Rafael de Asis Roig), Madrid: Sistema.

Fernández Segado, F. (Coord.). 2008. *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*. Madrid: Dykinson.

García Cuadrado, Antonio M. 2012. "Problemas constitucionales de la dignidad de la persona", *Persona y Derecho*, Nº 67: 456 - ss. Disponible en Internet: <https://www.unav.edu/publicaciones/revistas/index.php/persona-y-derecho/article/view/3132>.

González Pérez, J. 1986. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas.

Granda Martins Filho, Ives. 2009. "Os fundamentos filosóficos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: fundamentar como condição para garantir", *Doutrina Rev. TST, Brasília*, Vol 75, Nº 1, (Enero-Marzo). Disponible en Internet: http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/6570/002_martinsfilho.pdf?sequence=5

Häberle, P. 2008. La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*, coord. F. Fernandez Segado, 176 - ss. Madrid: Dykinson.

Lima Torrado, Jesús. 2009. La crisis de las garantías de los derechos fundamentales ¿Un proceso de involución de las instituciones democráticas frente al avance del poder hegemónico? En *Memoria del Primer Encuentro Internacional sobre el Poder en el pasado y el presente de América Latina*. Coordinadores: Lizcano Fernández, F., Zamudio Espinosa, Y. México: Universidad Autónoma del Estado de México, Universidad Nacional Autónoma de México, El Colegio mexiquense. Edición electrónica.

Lima Torrado, Jesús. 2009. "El pseudo-concepto de no-persona: de la negación del fundamento de los derechos humanos a la justificación de la negación de las garantías". En *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNIPAR*, Universidad Paranaense, Umuarama, Vol. 12, Nº 2, julio-diciembre: 377 - ss.

Lima Torrado, Jesús. 2000. "Globalización y derechos humanos". En *Anuario de Filosofía del Derecho*. Madrid: Nueva época, t. 17: 43 - ss.

²⁸ En el mismo sentido Robles, Gregorio. "Necesidad de fundamentar los derechos humanos" en *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1992. 16.

Lima Torrado, Jesús. 2001 - 2002. "La globalización como determinante de la crisis actual de las garantías de los derechos humanos". En *A distancia, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia*, v. 19, n 2, (invierno): 22 - ss.

Lima Torrado, Jesús. 2002. Problemas concernientes a la ambigüedad conceptual y terminológica de la globalización y su incidencia sobre el sistema de derechos humanos. En *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*. Coord. Zapatero, V. (Ed.), 573 - ss. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares.

Lima Torrado, Jesús. 2012. "El fundamento de los derechos humanos". En *Revista Argumenta*, Nº 16, Brasil: Universidade Estadual do Norte do Paraná: 223 - ss.

Lima Torrado, Jesús. 2013. La fundamentación axiológica de los derechos en el Estado de Derecho. Crítica del funcionalismo sistémico. En *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en Homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*. Coordinadores: Martínez Morán, Narciso, Marcos del Cano, Ana María, Junquera de Estéfani, Rafael. 157 - ss. Madrid: Editorial Universitas, Fundación Cultural Enrique Luño Peña, UNED, Departamento de Filosofía Jurídica, Departamento de Derecho Procesal. Vol. 1.

López Moreno, A. 1999 .La dignidad y la libertad de la persona. En *Manual de Teoría del Derecho* . Cordinadores: Puy Muñoz, F. López Moreno, A. Madrid: Colex.

Melendo, T.; Millán-Puelles, L. 1996. *Dignidad: ¿una palabra vacía?* Pamplona: Eunsa.

Michelini, Dorando J. 2010. Dignidad humana en Kant y Habermas. En *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, vol.12 no.1 Mendoza (Junio). En Internet: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-94902010000100003

Olivas, E. 2004. *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*. Madrid: Reus.

Robles, Gregorio.1992. Necesidad de fundamentar los derechos humanos. En *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas.

Sgarbossa, Luis Fernando. 2015. "Inúteis ao mundo: o pauperismo, os indivíduos sobrenumerários e a gestão da miséria até o século" XIX. En *Semina: Ciências Sociais e Humanas, Londrina*, v. 36, n. 2, 3-16, (jul./dez) : 4 y ss.

Spaemann, Robert. 1988. "Sobre el concepto de dignidad humana". En *Persona y Derecho*, núm. 19, 16 - ss.

Starck, C. 2008. La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el derecho alemán. En *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público*. Coordinador: Fernández Segado, Francisco. 240. Madrid: Dykinson.

Von Münch, Ingo. 1982. "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", En *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.5: 9-33.